



Atribución-NoComercial-CompartirIgual 2.5 Colombia (CC BY-NC-SA 2.5)

La presente obra está bajo una licencia:

Atribución-NoComercial-CompartirIgual 2.5 Colombia (CC BY-NC-SA 2.5)

Para leer el texto completo de la licencia, visita:

<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/2.5/co/>

Usted es libre de:



Compartir - copiar, distribuir, ejecutar y comunicar públicamente la obra
hacer obras derivadas

Bajo las condiciones siguientes:



Atribución — Debe reconocer los créditos de la obra de la manera especificada por el autor o el licenciante (pero no de una manera que sugiera que tiene su apoyo o que apoyan el uso que hace de su obra).



No Comercial — No puede utilizar esta obra para fines comerciales.



Compartir bajo la Misma Licencia — Si altera o transforma esta obra, o genera una obra derivada, sólo puede distribuir la obra generada bajo una licencia idéntica a ésta.

Vulneración del derecho a vivienda Digna por reporte negativo en centrales de riesgo¹

Daniela Alejandra Reina Casas².

Resumen

La presente investigación tiene como objetivo definir la siguiente cuestión: ¿la negación de un crédito de vivienda por reporte negativo en centrales de riesgo, vulnera el Derecho constitucional a una vivienda digna?

Actualmente las personas encuentran dificultades de acceso a la financiación de su vivienda cuando su puntaje crediticio es insuficiente frente a los requisitos que exigen las instituciones financieras. Por esto, es necesario realizar un análisis que refleje el contraste entre las políticas públicas de vivienda que representan los derechos de las personas, frente a las políticas privadas de otorgamiento de dichos créditos que inciden en la afectación de las aspiraciones de muchas personas de poder tener vivienda propia.

Es de vital importancia revisar esta problemática dado que es una situación a la que deben enfrentarse miles de personas que desean ejercer su derecho a la vivienda y no pueden gozarlo plenamente, debido a la aplicación de criterios empresariales que podrían desvirtuar la efectividad de los derechos constitucionales de los interesados en el trámite.

De este modo, se busca comprobar que la política pública no está articulada o carece de control sobre la política privada de otorgamiento de créditos de vivienda, dejando a criterio de las instituciones financieras evaluar la capacidad de endeudamiento de las personas y antecedentes financieros, como criterios únicos de determinación para el otorgamiento de un crédito, cuando éstas deberían prevalecer a la luz del derecho a la vivienda digna.

Palabras clave: Vivienda Digna, reporte, centrales de riesgo, derechos fundamentales, habeas data.

¹ Artículo de investigación presentado como requisito para optar al título de Abogada de la Universidad Católica de Colombia, bajo la asesoría del Doctor Juan David Salamanca, docente de la Facultad de Derecho.

² Estudiante en proceso de grado de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Colombia, identificada con código estudiantil 2110802 y correo electrónico dareina02@ucatólica.edu.co

Violation of the right to decent housing due to negative report in credit bureaus

Abstract

The present investigation aims to define the following question: Does the denial of a housing credit due to negative reports in risk centers violate the constitutional right to decent housing? Currently, people find it difficult to access financing for their housing when their credit score is insufficient in relation to the requirements demanded by financial institutions. For this reason, it is necessary to carry out an analysis that reflects the contrast between public housing policies that represent the rights of people, and private policies for granting such credits that affect the aspirations of many people to be able to own their own homes.

It is vitally important to review this problem given that it is a situation that thousands of people who wish to exercise their right to housing and cannot fully enjoy it must face, due to the application of business criteria that could distort the effectiveness of the constitutional rights of those involved in the process.

In this way, it seeks to verify that public policy is not articulated or lacks control over private policy for granting housing loans, leaving it up to the financial institutions to evaluate the debt capacity of individuals and their financial background, as the sole criteria for determining whether to grant a loan, when these should prevail in light of the right to adequate housing.

Keywords: Dignified Housing, report, risk centers, fundamental rights, habeas data.

Tabla de Contenido:

Introducción, 1. La Financiación de vivienda en Colombia - Contexto Histórico, 1.1 Vivienda Digna en Colombia, 2. Riesgo Crediticio en Colombia, 2.1. Scoring Crediticio y factores de capacidad económica, 3. Función social de la empresa privada vs. autonomía de la banca privada, 4. Negación de crédito de vivienda por reporte negativo a la luz del Concepto 2017064309-001, 5. Conclusiones, 6. Referencias.

Introducción

El artículo 51 de la constitución política reconoce el derecho a la vivienda digna y señala que es el Estado quién debe propender los mecanismos para su fácil acceso en condiciones de igualdad. Ello guarda relación con el hecho de que el pleno desarrollo de este derecho permite el goce de otros derechos como la dignidad, igualdad, salud, intimidad, entre otros.

Por lo tanto, el derecho a la vivienda digna va más allá de lo estrictamente señalado en el artículo 51 y de tal manera lo ha establecido la doctrina:

(...) el tribunal constitucional colombiano, paulatinamente ha ido construyendo el derecho a la vivienda, con referencia a diferentes disposiciones de la Carta Superior, aludiendo a la cláusula del Estado social de derecho, a principios como los de la dignidad humana, igualdad y solidaridad (arts. 1 y 13), advirtiendo la relación de interdependencia que guarda la vivienda con los derechos a la vida, a la salud, a la educación, al trabajo y al medio ambiente sano (Galvis, 2009, p. 44).

En este sentido, no solamente basta con consagrar el derecho, sino que el Estado es quien debe garantizar su acceso y desarrollo a través de la reglamentación de alternativas de financiación. Su intervención debe garantizar la evaluación de las condiciones financieras y la capacidad económica de las personas que aún no cuentan con una vivienda digna, y que deben abrirse paso en el mercado financiero: “Dado que con frecuencia esto no es suficiente para obtener el tipo de vivienda que las familias de menores ingresos pueden o desean adquirir, estas dos fuentes de financiamiento son complementadas con algún tipo de crédito para la vivienda (Morales, M; Vega, J; Alcides, J; Ramírez, F., 2005, p.125).”

Este capital que requieren los agentes deficitarios debe ser apalancado por el sistema financiero, quien a su vez, administra los activos y funge de intermediario en el proceso de asignación de recursos. Sin embargo, uno de los obstáculos que encuentran las familias al momento de acceder al sistema financiero es el reporte negativo en centrales de riesgo, e incluso una baja calificación ante entidades como Datacrédito.

Ello conlleva a que no tengan ninguna alternativa real y efectiva que les permita acceder al capital suficiente para adquirir una vivienda.

La Superintendencia Financiera de Colombia a través del concepto 2017064309-001 señala que deben tenerse en cuenta otro tipo de factores adicionales para determinar si una persona es viable económicamente para respaldar una deuda: “(...) el reporte negativo ante las centrales de riesgo no puede ser en ninguno de los casos el único criterio para otorgar o no un crédito, ese análisis debe venir acompañado del estudio de otras variables (Superintendencia Financiera de Colombia, Concepto 2017064309-001, 2017).

Sin embargo, lo que realmente sucede en el proceso y análisis de las entidades financieras es que el factor de Historial crediticio tiene un valor suficiente como para imposibilitar el acceso a vivienda.

Particularmente en el crédito de vivienda, en donde la deuda es respaldada en gran medida por el bien inmueble que se desea adquirir, el sistema financiero no contempla otras alternativas y por ende, se cierran las brechas de oportunidad para las personas y la intermediación del Estado resulta insuficiente.

Por lo anterior y dada la relevancia del derecho a la vivienda digna, resulta primordial estudiar a fondo si hace parte de la autonomía de las instituciones financieras conceder o negar un crédito de vivienda bajo la premisa de inviabilidad por reporte negativo en centrales de riesgo, o por el contrario, si estas entidades deben evaluar otro tipo de aspectos y efectivamente lo tienen en cuenta al momento de dicha calificación.

1. La Financiación de vivienda en Colombia - Contexto Histórico.

Históricamente en Colombia han existido principalmente 2 sistemas de financiación de vivienda: El UPAC, o Unidad de Poder Adquisitivo Constante y la Ley 546 de 1999 (nuevo marco regulatorio).³ Es por ello que se hará una breve descripción del funcionamiento de cada uno de estos sistemas, para una mejor comprensión del lector.

El sistema UPAC, conocido como Unidad de Poder Adquisitivo Constante, fue creado en el Gobierno de Misael Pastrana en el año 1972 como un sistema de financiación de vivienda que tenía como base “Las cuatro estrategias” en donde se pretendía impulsar la economía desde 4 frentes:

El primer frente buscaba promover la construcción, produciendo bienes esenciales como la vivienda y así mismo generando oportunidades de empleo para diversos sectores de la sociedad. El segundo frente tenía como objetivo incrementar la participación colombiana en el mercado internacional a través del aumento de las importaciones. Ello permitió solventar la deuda externa, y fomentar la producción agrícola e industrial.

El tercer frente está relacionado con el aumento de la productividad agraria y con una mejor distribución de la propiedad rural (DNP, 1972). Esto con el fin de incrementar los ingresos percibidos por dicho sector.

Por último, el cuarto frente pretendía redistribuir los recursos estatales de manera que los impuestos fuesen tributados de acuerdo a la capacidad económica de los contribuyentes, y así mismo fueran destinados para educación, salud y recreación (DNP, 1972).

En términos generales, se pretendía impulsar la economía desde diversos escenarios, para posteriormente, mejorar la calidad de vida de los colombianos. Así mismo, se ajustaron los créditos y las cuentas de ahorro de acuerdo con el índice de la inflación, conocido como aumento en el Índice de Precios al Consumidor (IPC) y las tasas máximas de interés eran definidas por el Gobierno, lo que permitía que las personas no perdieran su capacidad de compra y pudiesen tener una opción fácil para obtener los recursos con los que pagarían sus cuotas mensuales.

³ Previo a 1970, en el año de 1939 (Decreto 200) se dictaron políticas en materia de políticas de vivienda mediante las cuales se fomentaba la construcción de viviendas campesinas. Del mismo modo se crea el Instituto de crédito territorial, quien tenía la función de otorgar créditos destinados a la compra de vivienda.

“El UPAC nace entonces en 1972 pero acompañado de una gran preocupación: era necesario empezar a pensar en cómo manejar la inflación (qué tanto daño podría hacerle al valor de los créditos), dando origen a la Corrección Monetaria (CM), que sería la que ajustaría el valor del UPAC y por tanto a la que estaría atado el crecimiento de las cuotas del crédito. Con la idea original de ajustar el valor de las cuotas según el cambio en el nivel de precios (inflación), la Corrección Monetaria se calcularía en un principio con base en el IPC (Índice de Precios al Consumidor) exclusivamente” (Mora, A., 2010, p.17).

Posteriormente, se hizo necesaria la creación de las CAV (Corporaciones de Ahorro y Vivienda), dado que estas permitirían la transformación de recursos de captación de corto plazo en créditos de largo plazo a fin de posibilitar la financiación de vivienda. “Las CAV podían así, durante los primeros años del préstamo, cobrar a sus clientes un interés bajo cercano a la tasa real, sin violar explícitamente la prohibición existente en la legislación colombiana de cobrar intereses sobre intereses (Cárdenas, M.; Badel, A., 2003).” Ello impulsó el sector de la construcción, disminuyendo así el desempleo, y por ende aumentando la circulación de capital en el público, así como el poder adquisitivo para la adquisición de vivienda.

El sistema se mantuvo durante los siguientes periodos presidenciales hasta que, en el año 1990, hubo una reforma clave que comenzaría a cambiar el esquema del sistema inicialmente planteado: mediante la Ley 45 de dicho año, se le permitió a los bancos comerciales otorgar créditos de largo plazo eliminando el monopolio existente de las CAV. Así mismo, se les concedió participación en el capital de sociedades fiduciarias y de fondos de pensiones y cesantías, ampliando su posibilidad operacional:

A partir de ese momento las CAV tuvieron mayor flexibilidad para introducir nuevos instrumentos de captación, como los certificados de depósito denominados en pesos. Así mismo, gozaron de mayor discrecionalidad para establecer la composición de los créditos por sector socioeconómico, y para crear nuevos sistemas de amortización, plazos y porcentaje de financiación de la vivienda (Cárdenas, M.; Badel, A., 2003).

La participación de las CAV dentro del sistema financiero incrementó los desembolsos para vivienda, permitiendo un crecimiento sostenido de la economía y los diversos sectores de la construcción.

Más adelante, durante el Gobierno de César Gaviria (1990-1994), con la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991, se produjeron algunas reformas, específicamente en las nuevas políticas monetarias: se reconoce autonomía al Banco de la República, quien se encargaría de velar “*por el mantenimiento de la capacidad adquisitiva de la moneda*”. (Artículo 373, inciso 1° de la Constitución Nacional, y Ley 31 de 1992, artículo 2°). Así mismo, sería el encargado de controlar la inflación.

También se creó el sistema de vivienda de interés social y se reformó el ICT (Instituto de Crédito Territorial), a través de la expedición de la ley 03 de 1991. Mediante éste se pretendía:

ARTÍCULO 1o. Créase el Sistema Nacional de Vivienda de Interés Social, integrado por las entidades públicas y privadas que cumplan funciones conducentes a la financiación, construcción, mejoramiento, reubicación, habilitación y legalización de títulos de viviendas de esta naturaleza. Las entidades integrantes del sistema actuarán de conformidad con las políticas y planes generales que adopte el Gobierno Nacional. El Sistema será un mecanismo permanente de coordinación, planeación, ejecución, seguimiento y evaluación de las actividades realizadas por las entidades que lo integran, con el propósito de lograr una mayor racionalidad y eficiencia en la asignación y el uso de los recursos y en el desarrollo de las políticas de vivienda de interés social. (Ley 3, 1991, art. 1)

Esta reforma tenía como objetivo la creación de mecanismos a través de los cuales se otorgarían subsidios de vivienda a las personas en situación de pobreza. Así mismo, se brindaría un apoyo económico a los hogares a través de las cajas de compensación para adquisición de vivienda nueva. Sin embargo, la política de vivienda se hizo insostenible. Como se cita en *La política Social en los 90: análisis desde la universidad*, el autor Germán Ávila afirma que:

Los planes de vivienda de interés social que se pusieron en marcha con la disolución del ICT y la creación del Inurbe han tenido resultados irrisorios en comparación con las metas gubernamentales. Se propusieron 540 mil viviendas de interés social en los cuatro años de la administración Gaviria, 360 mil de las cuales recibirían el subsidio directo.

En marzo de 1993, el cobro de subsidios no alcanzaba el 10% de la meta propuesta y la construcción efectiva de viviendas era todavía menor. A mitad de periodo del "revolcón", en octubre de 1992, se habían adjudicado 76.961 subsidios de vivienda, pero sólo se habían cobrado 9.468. El sistema no arrancaba por múltiples problemas, que cubrían desde la baja rentabilidad y alto riesgo para las corporaciones de ahorro y vivienda, las limitaciones de gestión individual de los potenciales usuarios, la debilidad de los municipios para implementar bancos de tierras y demás instrumentos de la ley urbana y la influencia del clientelismo en la selección de planes (González, C., 1994, p.68).

La crisis económica que sorteaba el país era inminente, por ello, mediante la Ley 31 de 1992, se le otorga al Banco de la República la función de: *“fijar la metodología para la determinación de los valores en moneda legal de la Unidad de Poder Adquisitivo Constante (Ley 31, 1992, art.16, lit.f)”*, es decir, el Banco de la República vincula como base de cálculo de corrección monetaria la DTF al IPC, con la intención de que se generara una rentabilidad considerable tanto para las CAV como para las entidades financieras. Así mismo, se creía que el alza de las tasas del mercado haría que los precios de los bienes se valorizarían considerablemente.

Este sistema estuvo vigente hasta septiembre de 1994, cuando la Junta abandonó por completo el uso de la inflación en el cálculo de la corrección monetaria e introdujo un sistema basado en un porcentaje fijo (74%) del promedio móvil de la tasa de interés de captaciones de corto plazo (DTF) (Cárdenas, M.; Badel, A., 2003).

Inicialmente estas modificaciones no generaron ningún tipo de perjuicio económico. Sin embargo, a partir de 1998 las tasas de interés se dispararon, ocasionando que los precios de los créditos hipotecarios se elevaran a tal punto de que las cuotas se hicieron impagables para las personas. No había proporción entre el salario que devengaban y el costo de lo que debían pagar por la vivienda. De igual modo la cartera vencida comenzó a aumentar en el país.

Esta situación provocó que para el año de 1996, durante el Gobierno de Ernesto Samper, se declara la emergencia económica:

Uno de los motivos más importantes que dio lugar al estado de emergencia económica, es la grave situación del déficit fiscal que se tornó aún más crítica en los últimos meses del año anterior, pese a los importantes esfuerzos de racionalización, tales como la expedición de las leyes 223 de 1995, sobre reforma tributaria, y 344 de 1996, sobre racionalización del gasto, así como los recortes a los presupuestos de 1995 y 1996 por más de un billón de pesos, y los proyectados para 1997 en una cifra superior al billón de pesos.

De todas maneras, estos esfuerzos resultaron insuficientes para conjurar la situación de crisis, en razón de la disminución de los ingresos fiscales como consecuencia de la desaceleración económica, los elevados niveles de evasión tributaria, el contrabando, la revaluación del peso, el aumento de las transferencias a las entidades territoriales y a la seguridad social y las medidas contra la inflación, que han ocasionado altas tasas de interés, aumentando de manera no prevista el costo financiero del endeudamiento del Gobierno Nacional (Decreto N° 80:1997) (Jaramillo, C., 2012, p.112).

Pese a ello, el nuevo Gobierno continuó con la apertura comercial y el fomento a la inversión extranjera que traían las políticas económicas pasadas, y promovió la participación del sector privado y extranjero en las inversiones que en principio eran únicamente función del Estado. Sin embargo, la participación de estos sectores trajo consigo consecuencias negativas para el país: aumentó el desempleo y la inflación, y como consecuencia, los créditos continuaron siendo impagables para los colombianos. En materia económica el Gobierno se encontraba en crisis dado que no le alcanzaban los ingresos para cubrir las deudas y hacer inversiones.

El crecimiento del PIB fue lento, de 2,0%, como resultado de una fuerte desaceleración de la demanda agregada. Efectivamente, tanto el consumo de los hogares como la inversión privada registraron una caída, por lo que el comportamiento del sector público fue esencial para garantizar aún un dinamismo moderado de la demanda agregada interna (1,9%). La contracción fue particularmente marcada en la construcción privada, la mayoría de las actividades manufactureras y el café, que de hecho experimentaron recesiones (Ocampo, J., 1998, p. 171).

Bajo un panorama desalentador y un país con serios problemas económicos, en 1998 Andrés Pastrana asume la presidencia con el fin de establecer un nuevo sistema que fuera eficiente y asequible para los colombianos.

Para ese momento los precios de vivienda tuvieron una caída y ello hizo que se disminuyeran los activos de las familias. Así mismo, aumentaron de forma acelerada las tasas de interés, lo que ocasionó una carga económica mucho mayor en los hogares, haciendo que estos debieran pagar más en intereses que en el valor real del inmueble. Los pasivos de las familias eran mucho mayores que sus activos.

El problema real era precisamente que los bancos comenzaron a recibir muchos bienes inmuebles en dación de pago, pero no recibían liquidez: la banca privada comenzó a declararse ilíquida e insolvente. Por consiguiente, se produjo una gran desvalorización de los inmuebles, además de la desvalorización del sector constructor.

A partir de este momento los indicadores reales y financieros comenzaron a empeorar: se inició una fuerte caída de la actividad económica, aumentaron los indicadores de impago, las tasas de interés de captación y colocación, y se contrajeron los depósitos y el crédito (...) (Torres, A., 2011, p. 5).

Todo ello obligó al gobierno de Pastrana a declarar una Emergencia económica para afrontar esta situación. Algunas de las medidas implementadas fueron la ampliación de recursos destinados a la banca y la expedición de los Decretos Legislativos 2330 y 2331 de 1998. En ellos, entre otras medidas se adoptó como la más relevante, la imposición de un impuesto sobre las transacciones financieras a una tarifa de 2 x 1.000 que era exclusivamente destinado para recapitalizar la banca pública, excluyendo la banca privada.

Para cumplir con lo dispuesto por la Corte Constitucional, el gobierno presentó al Congreso un proyecto de Ley Marco con el fin de rediseñar el sistema de vivienda. La ley introdujo a partir de enero de 2000 una nueva unidad de valor real (UVR) ajustada diariamente en función de la inflación.

Dada la facultad de la ley, el CONPES (Consejo Nacional de Política Económica y Social) definió un mecanismo de indexación basado en la inflación del mes

inmediatamente anterior 17. Los créditos de nominados en UPAC se transformaron en créditos en UVR (Cárdenas, M.; Badel, A., 2003, p. 47).

A partir de la sentencia C-383 de 1999 se comienza a cuestionar la forma en la que se calculaban los intereses de los créditos de vivienda dado que la actualización de la deuda conforme al IPC generaba un aumento desproporcionado del valor de la misma, y por ende la sostenibilidad de la deuda se hace impagable a largo plazo (Corte Constitucional, Sentencia C 383. 1999).

Posteriormente, el 16 de septiembre de 1999, mediante la sentencia C-700, la Corte declaró inconstitucional el UPAC dado que el presidente Gaviria no tenía facultades para emitir el Estatuto orgánico del Sistema financiero para regular temas de adquisición de vivienda. Por ende, se debían fijar nuevos parámetros en esta materia. De allí nace la necesidad de expedir la ley 599 de dicho año y con ella la UVR (Unidad de Valor Real) como una unidad que reemplazaría al UPAC, dando solución a los antiguos usuarios de UPAC que tenían obligaciones difíciles de pagar.

A grandes rasgos, los principales aspectos que fueron regulados por dicha ley son:

“...regulación de un sistema especializado de largo plazo para la financiación de vivienda (Artículo 1), ligado al IPC; definición del crédito de vivienda y de la vivienda de interés social VIS; creación de la UVR como unidad de cuenta para sustituir a la UPAC (Artículo 3); conversión de las corporaciones de ahorro y vivienda en bancos hipotecarios o en bancos comerciales; prohibición del crecimiento del saldo del crédito de vivienda en la unidad que fue desembolsado; emisión de bonos hipotecarios y la titularización de cartera hipotecaria como las principales fuentes de financiamiento para la adquisición de vivienda (Artículos 8 y 12); exención del impuesto de renta y complementarios, a los rendimientos financieros causados durante la vigencia de los títulos emitidos en procesos de titularización de cartera hipotecaria y de los bonos hipotecarios de que trata la presente Ley, siempre que el plazo previsto para su vencimiento no sea inferior a cinco años (artículo 16); en el momento está exención desapareció; constitución de Patrimonios de Familia inembargables” (Artículo 22) (Serrano, J., 2011, p. 4).

En otras palabras, el gobierno se vio en la tarea de establecer parámetros específicos para la financiación de vivienda:

1. A través de la ley 546 de 1999 se estableció el marco general para regular la financiación de vivienda.
2. Se reguló la corrección monetaria a fin de que las tasas de interés de los créditos estuvieran atadas al IPC.
3. Se otorgó el derecho a los deudores de poder pagar previamente sus deudas, obligando al sistema financiero a aceptarlos. Ello permitió que existiera mayor cantidad de oferentes, con tasas de interés mucho mejores para refinanciar los créditos.
4. Se fijó una tasa de interés real que se mantendría en la duración del crédito: “este es un elemento que facilita la determinación del precio de las titularizaciones, especialmente cuando lo que se ha pretendido es que el plazo medio hipotecario se logre extender de los 12 años vigentes a, digamos, 20 años (Clavijo,S., 2004, p. 11).”
5. Por último, se establece la cuota inicial para la financiación de vivienda, traducida en un 30% del total de la deuda, garantizando su respaldo.

Posteriormente, el 30 de diciembre de 1999 se expide el Decreto 2703 de 1999 a través de la cual se regula el modelo para calcular el valor de la UVR y a partir del año 2000 los antiguos créditos que se encontraban en UPAC's debieron recalcularse teniendo en cuenta la nueva unidad de medida, ello a fin de estabilizar las deudas de los colombianos y tener un efectivo régimen de transición.

Más adelante, a través de la sentencia C-955/2000 del 26 de julio de dicho año, teniendo como magistrado ponente Dr. José Gregorio Hernández, se declara inexecutable parcialmente el artículo 3 de la Ley 546, y se definió que el cálculo del valor de la UVR estaría exclusivamente en cabeza de la Junta Directiva del Banco de la República, teniendo en cuenta únicamente la inflación. Por lo tanto, se expidió la resolución externa 13 de 2000 en donde se regula todo lo concerniente al cálculo de la UVR.

Luego de casi 30 años de funcionamiento y de haber sufrido transformaciones trágicas para los usuarios, el crédito hipotecario en Colombia renace con las bases de su progenitor. Cambiando de nombre (de UPAC a UVR), el sistema adopta de nuevo la

inflación como única base para ajustar las cuotas y mantener el “poder adquisitivo constante” (Mora, A., 2010, p.20).

1.1. Vivienda Digna en Colombia.

A su vez, el derecho a la vivienda digna se encuentra regulada a través del artículo 51 de la Constitución política de Colombia, en donde se consagra lo siguiente:

ARTÍCULO 51. Todos los colombianos tienen derecho a vivienda digna. El Estado fijará las condiciones necesarias para hacer efectivo este derecho y promoverá planes de vivienda de interés social, sistemas adecuados de financiación a largo plazo y formas asociativas de ejecución de estos programas de vivienda. (Const., 1991, art.51)

Ello implica que el Estado es quien debe crear mecanismos idóneos, asequibles e igualitarios que permitan acceder a este derecho. Pese a que la vivienda digna no se encuentra dentro del catálogo de derechos fundamentales, la Corte Constitucional le ha reconocido a través de diversos fallos un alcance como derecho fundamental, en parte porque de este se deriva la satisfacción de otros derechos esenciales como la igualdad, la salud, el libre desarrollo de la personalidad, la intimidad, la familia etc.

Tras reconocer el carácter fundamental autónomo de los derechos sociales, económicos y culturales, en las sentencias T-595 de 2002, T-016 de 2007 y T-760 de 2008, entre otras, la Corte ha señalado que la vivienda digna es un derecho fundamental autónomo susceptible de protección a través de la acción de tutela. Esta posición se ha fundamentado, entre otras, en las obligaciones adquiridas por Colombia en la firma de diversos instrumentos internacionales sobre derechos humanos, los cuales han sido incorporados por la jurisprudencia de esta Corte al denominado bloque de constitucionalidad. Esos instrumentos internacionales reconocen a la vivienda digna como un derecho humano (Corte Constitucional, Sala primera de revisión, Sentencia T 497, 2017).

De manera amplia, el catálogo de derechos que emanan del derecho a la vivienda digna obedece a que la vivienda no es solamente un espacio físico, sino que además este debe contar con condiciones adecuadas:

Dicha observación identifica, además, siete elementos que delimitan el concepto de “vivienda adecuada”, a saber: (i) la seguridad jurídica de la tenencia; (ii) habitabilidad, (iii) la disponibilidad de servicios, materiales, facilidades e infraestructura; (iv) fácil acceso a servicios, (v) adecuación cultural, (vi) asequibilidad y (vii) gastos soportables. Tales elementos son componentes del derecho a la vivienda digna e implican, en su orden, que (i) “las distintas formas de tenencia estén protegidas jurídicamente, principalmente contra el desahucio, el hostigamiento, o cualquier forma de interferencia arbitraria e ilegal.”; (ii) la exigencia de habitabilidad conlleva que la “vivienda cumpla con los requisitos mínimos de higiene, calidad y espacio necesarios para que una persona y su familia puedan ocuparla sin peligro para su integridad física y su salud”; (iii) de la condición de disponibilidad de servicios e infraestructura se desprende la “facilidad de acceso a los servicios indispensables para la salud, la seguridad, la comodidad y la nutrición de sus ocupantes”; (iv) los requerimientos respecto del lugar de la vivienda exigen que la ubicación “permita el fácil acceso a opciones de empleo, centros de salud y educativos, y otros servicios sociales, y en zonas que no pongan en riesgo la salud de los habitantes.”; (v) la adecuación cultural del entorno a sus habitantes es una exigencia importante e indispensable; (vi) la condición de asequibilidad “consiste en la existencia de una oferta suficiente de vivienda y de posibilidades de acceso a los recursos requeridos para satisfacer alguna modalidad de tenencia, entre otros. (...); (vii) los gastos soportables significan que los gastos de tenencia “deben ser de un nivel tal que no comprometan la satisfacción de otros bienes necesarios para la garantía de una vida digna de los habitantes de la vivienda. Para satisfacer este componente, el Estado debe, por ejemplo, crear subsidios para quienes no puedan sufragar el costo de la tenencia y sistemas de financiación que permitan a las familias acceder a la vivienda sin comprometer su vida en condiciones dignas, proteger a los inquilinos contra aumentos desproporcionados en los cánones de arrendamiento y facilitar el acceso a materiales de construcción.” (Corte Constitucional, Sala primera de revisión, Sentencia T 497, 2017).

A nivel internacional, el derecho a la vivienda digna se encuentra consagrado en diversos instrumentos internacionales que vale la pena destacar:

- **Declaración universal de Derechos Humanos - Artículo 25:** Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez y otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad (Declaración universal de Derechos Humanos, 1948, art.25).

- **Pacto Internacional de Derechos económicos, sociales y culturales - Artículo 11, Numeral 1:** Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia. Los Estados Partes tomarán medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho, reconociendo a este efecto la importancia esencial de la cooperación internacional fundada en el libre consentimiento (Pacto Internacional de Derechos económicos, sociales y culturales. 1966. art. 11, num. 1) .

- **Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial - Artículo 5, numeral e, literal iii:** En conformidad con las obligaciones fundamentales estipuladas en el artículo 2 de la presente Convención, los Estados partes se comprometen a prohibir y eliminar la discriminación racial en todas sus formas y a garantizar el derecho de toda persona a la igualdad ante la ley, sin distinción de raza, color y origen nacional o étnico, particularmente en el goce de los derechos siguientes: e. Los derechos económicos, sociales y culturales, en particular: (...) iii) El derecho a la vivienda (Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial. 1965. art. 5, num. e, lit. iii).

- **Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer - Artículo 14, numeral 2, literal h:** Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en las zonas rurales a fin de asegurar en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, su participación en el desarrollo rural y en sus beneficios, y en particular le asegurarán el derecho a: h) Gozar de condiciones de vida adecuadas, particularmente en las esferas de la vivienda, los servicios sanitarios, la electricidad y el abastecimiento de agua, el transporte y las comunicaciones (Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. 1979. art. 14, num. 2, lit. h).

Queda claro entonces que este derecho requiere del cumplimiento de condiciones especiales para su efectiva materialización y que no basta con el mero reconocimiento del mismo, sino que además deben crearse mecanismos y herramientas adecuadas a las necesidades de cada persona para su fácil acceso. Ello implica que el Estado debe valerse no sólo de políticas de vivienda, sino que adicionalmente debe tener en cuenta intermediarios como lo son los bancos comerciales para atender a poblaciones que requieran la financiación del inmueble para materializar el derecho:

...las personas jurídicas que desarrollan la actividad bancaria, independientemente de su naturaleza pública, privada o mixta, actúan en ejercicio de una autorización del Estado para cumplir uno de sus fines, que es el de la prestación de los servicios públicos, por lo cual gozan de algunas prerrogativas propias de la actividad, pero igualmente se obligan a cumplir condiciones mínimas de derechos de los usuarios (Jimenez, W., 2014, p.150).

En otras palabras: la participación de entes públicos y privados, y la relación que estos tienen con los principios de corresponsabilidad y gobernabilidad permiten la creación, promoción y desarrollo de políticas públicas que fijen políticas robustas, a fin de impulsar y garantizar el acceso de la población colombiana a la vivienda digna. Es entonces, obligación constante y permanente del estado diseñar escenarios que propicien el acercamiento entre los diversos actores del sector, a fin de establecer un plan encaminado al otorgamiento y financiación de la vivienda. Así mismo, resulta primordial la intermediación de las entidades financieras en el

proceso de adquisición de vivienda para aquellas poblaciones que, si bien no son catalogadas en situación de pobreza o pobreza extrema, requieren de un mecanismo especial para asegurar la materialización de este derecho.

El Gobierno de Colombia, consciente de la responsabilidad que le cabe en la consolidación de su política social, promoverá para que las empresas, en apelación al principio de responsabilidad social y en observación del derecho a la vivienda digna, se integren en ésta política de vivienda de interés social y abran opciones para que sus trabajadores, en la medida en que carezcan éstos de vivienda, puedan ser vinculados a los programas que impulse el Gobierno y el sector privado, con el respaldo de sus empresas y las cajas de compensación familiar, a través de la garantía que da el salario, puedan adquirir los créditos de vivienda, o de mejorarla en los casos en que ya son propietarios (Morales, J., 2006, p.53).

Bajo la anterior premisa podemos concluir que las políticas públicas en materia de vivienda deben estar encaminadas a asegurar su correcta financiación, garantizando el precepto constitucional. La vivienda digna enmarca las aspiraciones propias de la sociedad y constituye el punto de partida en el crecimiento y desarrollo de una persona, además de optimizar la posibilidad de desenvolvimiento psicológico y social, mitigando condiciones de vulnerabilidad, pobreza, inequidad, violencia y desigualdad.

2. Riesgo Crediticio en Colombia.

Según la Superintendencia Financiera, el riesgo es definido como “La posibilidad de que una entidad incurra en pérdidas y se disminuya el valor de sus activos (Circular Básica Contable y Financiera, 1995).” Ello implica que se tomen medidas que sirvan de pilar y base para que una entidad determine si hay sinergia entre la capacidad de pago del deudor y la posibilidad de pérdida de los dineros prestados por la entidad.

De allí surge entonces la necesidad de las entidades financieras de contar con determinada información de sus posibles clientes y futuros deudores, para realizar un estudio minucioso y efectivo en donde se vea reflejado el propósito de prevención de riesgo para las entidades y la

oportunidad de crecimiento para los usuarios. Ello teniendo en cuenta que el riesgo no sólo debe evaluarse al principio, sino en todo el proceso de crédito, vigencia, modificaciones y culminación.

De acuerdo con el artículo 78 de la Constitución Política de Colombia “La ley regulará el control de calidad de bienes y servicios ofrecidos y prestados a la comunidad, así como la información que debe suministrarse al público en su comercialización (Const., 1991, art.78).” Así mismo, el constituyente dispuso que:

Las actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos de captación a las que se refiere el literal d) del numeral 19 del artículo 150 son de interés público y sólo pueden ser ejercidas previa autorización del Estado, conforme a la ley, la cual regulará la forma de intervención del Gobierno en estas materias y promoverá la democratización del crédito. (Const., 1991, art.78)

Teniendo en cuenta lo anterior y buscando cumplir con las funciones arriba descritas, se determinó que la Superintendencia Financiera de Colombia sería la encargada de inspeccionar y vigilar a las entidades a su cargo, así como establecer mecanismos, políticas y directrices que promuevan el crecimiento de empresas y personas. Su eje normativo se encuentra reglamentado en el Decreto 2739 de 1991 a través del cual “se adecua la estructura de la Comisión Nacional de Valores a su nueva naturaleza de Superintendencia.”

Así mismo la Superintendencia define parámetros transversales que permiten:

... la adopción de mejores prácticas en materia de gestión y análisis de riesgos, requerimientos prudenciales, supervisión tanto de las entidades del sistema financiero como de los conglomerados financieros, mecanismos de resolución, racionalización y mejoramiento de requerimientos y condiciones que incentiven el acceso al mercado de valores (para la promoción del mercado de valores del público en general), permitiendo la reducción de los costos de la industria, estimulando la bancarización (Superintendencia Financiera de Colombia, 2019).

Bajo la premisa anterior, se crea entonces el Sistema de Administración de Riesgo (SARC) a través del cual se establecen parámetros mínimos de evaluación del riesgo, permitiendo

estudiar, segmentar, ponderar y decidir sobre la toma de un riesgo de acuerdo a unos criterios previamente definidos. Está reglamentado desde 1995 a través de la Circular básica contable y financiera - Capítulo II, y es emitido y actualizado por la Superintendencia Financiera de Colombia.

Dentro de las consideraciones generales de la circular, están señaladas las entidades que deben cumplir obligatoriamente el SARC, así: “(...) establecimientos bancarios, corporaciones financieras, compañías de financiamiento, cooperativas financieras, organismos cooperativos de grado superior y todas aquellas entidades vigiladas por la SFC que dentro de su objeto social principal se encuentren autorizadas para otorgar crédito (Circular Básica Contable y Financiera, 1995).”

Ello implica que transversalmente existen unas políticas obligatorias que deben tenerse en cuenta para llevar a cabo procesos de viabilidad o inviabilidad crediticia por parte de todas las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera.

La concepción del negocio financiero como una actividad individual ha cambiado radicalmente en las últimas décadas. Hoy estructuras más complejas y de actividades mixtas en donde confluyen múltiples riesgos (financieros y no financieros) requieren una supervisión caracterizada por integralidad, prospectividad y proporcionalidad. Esto se traduce en la necesidad de tener un esquema de supervisión comprensiva y consolidada que promueva la estabilidad y el crecimiento bajo un marco de facultades extendidas provistas por la Ley 1870 de 2017 (LCF) (Superintendencia Financiera de Colombia, 2019).

De esta manera se promueve una gestión transparente por parte de la entidad y se posibilita el acceso al mercado financiero de las personas interesadas en adquirir créditos: “(...) las decisiones de inversión o presupuesto de bienes de capital determinan el volumen total de activos fijos que se emplearán para mantener una operación eficiente; es decir, que sea rentable y que genere valor agregado para los accionistas (Meneses, L.; Manuacé, R., 2011, p.66).”

Resulta de vital importancia tanto para las entidades como para las personas, que existan igualdad de oportunidades para poder acceder al sector financiero y ello implica que deban tenerse criterios de evaluación objetivos, pertinentes y asequibles, en donde no solamente la

empresa pueda delimitar el riesgo crediticio, sino que también se le permita a todas las personas acceder al mercado sin tantas restricciones.

2.1. Scoring Crediticio y factores de capacidad económica.

Para una mejor comprensión del concepto, los scoring:

...son algoritmos que de manera automática evalúan el riesgo de crédito de un solicitante de financiamiento o de alguien que ya es cliente de la entidad. Tienen una dimensión individual, ya que se enfocan en el riesgo de incumplimiento del individuo o empresa, independientemente de lo que ocurra con el resto de la cartera de préstamo (Gutierrez, M., 2007, p.5).

El scoring surge de la necesidad existente en las entidades para calcular de algún modo la pérdida esperada y otros factores de riesgo, teniendo en cuenta que la posibilidad de pago o impago es una variable que no es cuantificable dado que ello depende de factores subjetivos de la persona, además de una proyección de estabilidad económica para respaldar la obligación.

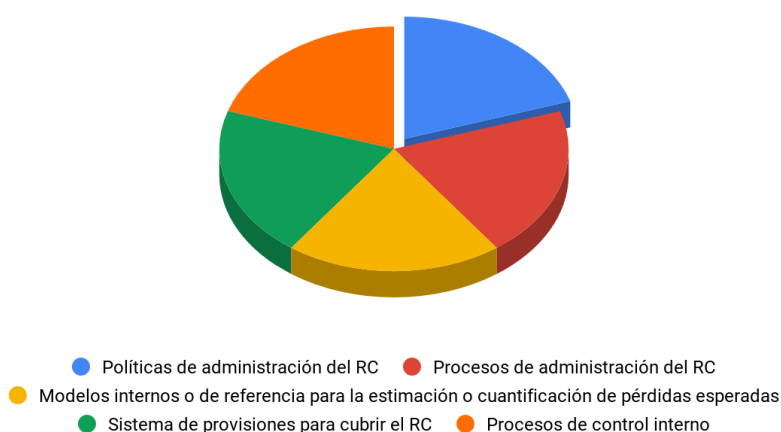
Estos le permiten a la entidad financiera evaluar y seleccionar los perfiles de las personas con las que eventualmente podría establecer una relación contractual. Para estas entidades es determinante estudiar a fondo y concluir con la mayor aproximación a certeza posible, si la persona es viable o no económicamente para cumplir con la obligación a lo largo del crédito y así mismo, determinar el tipo de riesgo al que estaría expuesto.

La Superintendencia Financiera de Colombia ha establecido 5 elementos esenciales a partir de los cuales las entidades vigiladas deben administrar el Riesgo crediticio (RC), de forma que ello les permita determinar si pueden otorgar o no un crédito:

Las políticas de administración del RC **y sus modificaciones**, deben ser adoptadas por la junta directiva o el consejo de administración, tratándose de las cooperativas financieras, definiendo con claridad y precisión los criterios bajo los cuales la organización debe evaluar, calificar, asumir, controlar y cubrir el RC (Circular Básica Contable y Financiera, 1995). (Ver gráfico No. 1)

Gráfico No.1

Elementos que componen el SARC.



**Elaboración propia*

Información extraída de la Circular Básica Contable y Financiera, 1995.

1. Políticas de administración de Riesgo Crediticio: Las políticas de administración del RC **y sus modificaciones**, deben ser adoptadas por la junta directiva o el consejo de administración, tratándose de las cooperativas financieras, definiendo con claridad y precisión los criterios bajo los cuales la organización debe evaluar, calificar, asumir, controlar y cubrir el RC. Igualmente, la junta directiva o el consejo de administración, debe establecer los mecanismos y controles necesarios para asegurar el cumplimiento estricto de dichas políticas y de las normas que le son aplicables al proceso de administración del RC contenidas en este capítulo.
2. Procesos de administración del Riesgo Crediticio: El SARC debe contar con procesos para la identificación, medición y control del RC. En ellos se deben definir en forma clara y expresa las responsabilidades de cada uno de los funcionarios y organismos

internos involucrados en dicha administración, así como los sistemas de seguimiento de ésta, contemplando la adopción de medidas frente a su incumplimiento.

3. Modelos internos o de referencia para la estimación o cuantificación de pérdidas esperadas: El SARC debe estimar o cuantificar las pérdidas esperadas de cada modalidad de crédito. Al adoptar sistemas de medición de tales pérdidas, dentro de su SARC las entidades pueden diseñar y adoptar respecto de la cartera comercial, de consumo, de vivienda y de microcrédito, ya sea para uno, algunos o la totalidad de sus portafolios o para alguno o la totalidad de los componentes de la medición de la pérdida esperada, sus propios modelos internos de estimación; o aplicar, para los mismos efectos, los modelos de referencia diseñados por la SFC para diversos portafolios, bajo los supuestos previstos en el presente capítulo.
4. Sistema de provisiones para cubrir el Riesgo Crediticio: Para cubrir el RC, el SARC debe contar con un sistema de provisiones, las cuales deben calcularse en función de las pérdidas esperadas que arroje la aplicación del modelo interno, el de referencia (...)
5. Procesos de control interno: El diseño e implementación de un esquema para la administración del RC debe contar con procesos de control interno, mediante los cuales se verifique la implementación de las metodologías, procedimientos y, en general el cumplimiento de todas las reglas de su funcionamiento, incluyendo especialmente el oportuno flujo de información a la junta directiva, consejo de administración y al nivel administrativo de la entidad.

(Circular Básica Contable y Financiera, 1995)

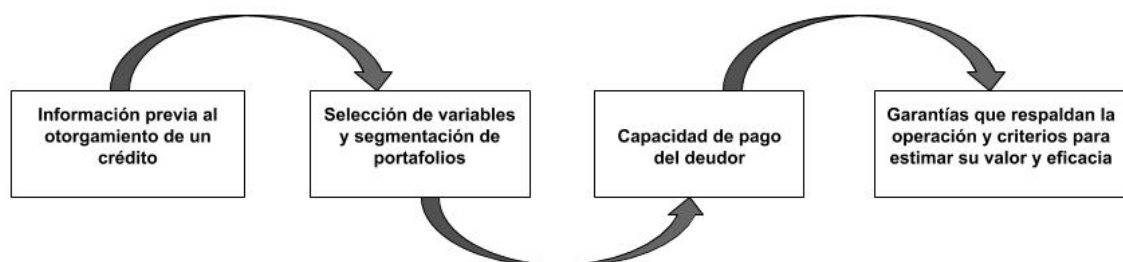
Ello resulta ser de vital importancia para definir de manera precisa los parámetros de RC que permitan prever incumplimientos, fijar límites de exposición y conocer de manera anticipada el comportamiento de los créditos a futuro.

De acuerdo con la Superintendencia, la estandarización de estos procesos al interior de cada entidad debe permitir identificar, medir y controlar el RC, estableciendo responsabilidades y competencias específicas para los funcionarios involucrados en dicha administración.

Por lo anterior, la Superintendencia Financiera de Colombia ha fijado de manera transversal 4 elementos que deben tenerse en cuenta al momento de realizar un estudio completo de riesgo de incumplimiento del deudor. Ellos se encuentran enmarcados en el capítulo II, numeral 1.3.2.3.1 y ss. de la Circular Básica Contable y Financiera. (Ver gráfico No. 2)

Gráfico No.2

Etapas de Otorgamiento.



*Parámetros mínimos fijados por la Superintendencia financiera de Colombia, capítulo II, numeral 1.3.2.3.1 y ss. de la Circular Básica Contable y Financiera.

**Elaboración propia*

Información extraída de la Circular Básica Contable y Financiera.

Allí no se fijan porcentajes específicos de ponderación entre los factores que deben tenerse en cuenta al momento de realizar un estudio crediticio. Ello permite que, de manera indirecta, se pueda materializar la autonomía de la que gozan las entidades financieras para estudiar estos factores libremente, evitando así cualquier tipo de riesgo. Es decir, cada entidad cuenta con la posibilidad de implementar su propia esquematización del riesgo siempre y cuando parta del modelo referenciado por la Superintendencia Financiera y justifique la toma de decisiones bajo este:

(...) los modelos de otorgamiento deben ser diseñados de acuerdo a los lineamientos exigidos por el ente regulador, con el fin de escoger un buen sujeto de crédito. De este último, no se tiene un modelo de referencia, debido a que cada entidad tiene su particular nicho de mercado y por ende las características del sujeto de crédito pueden variar en cada entidad (Ochoa, J., Galeano, W., & Agudelo, L., 2010, p.196).

Estos aspectos determinan el punto de partida a través del cual se fijarán las condiciones del negocio jurídico, de tal forma que ambas partes se encuentren en un escenario de igualdad contractual.

Pese a que cada entidad financiera tiene la posibilidad de usar herramientas de evaluación de riesgo crediticio, su resultado no constituye el 100% del estudio, pues como se enunció anteriormente, deben tenerse en cuenta de manera homogénea e integral todos los factores establecidos por la Superintendencia Financiera de Colombia.

De acuerdo a lo establecido en la Circular básica contable y financiera Capítulo II, la capacidad de pago del deudor debe abarcar los siguientes aspectos:

- Los flujos de ingresos y egresos, así como el flujo de caja del deudor y/o del proyecto financiado o a financiar.
- La solvencia del deudor, a través de variables como el nivel de endeudamiento y la calidad y composición de los activos, pasivos, patrimonio y contingencias del deudor y/o del proyecto.
- Información sobre el cumplimiento actual y pasado de las obligaciones del deudor. La atención oportuna de todas las cuotas o instalamentos, entendiéndose como tales cualquier pago derivado de una operación activa de crédito, que deba efectuar el deudor en una fecha determinada, independientemente de los conceptos que comprenda (capital, intereses, o cualquier otro). Adicionalmente, la historia financiera y crediticia, proveniente de centrales de riesgo, calificadoras de riesgo, del deudor o de cualquier otra fuente que resulte relevante.
- El número de veces que el crédito ha sido reestructurado y las características de la(s) respectiva(s) reestructuración(es). Se entenderá que entre más operaciones reestructuradas tenga un mismo deudor, mayor será el riesgo de no pago de la obligación. **La condición de deudor reestructurado no puede ser la única variable a tener en cuenta en el proceso de otorgamiento.**
- En la evaluación de la capacidad de pago de entidades públicas territoriales, las entidades vigiladas deberán verificar el cumplimiento de las condiciones establecidas

en las leyes 358 de 1997, 550 de 1999 y 617 de 2000, y de las demás normas que las reglamenten o modifiquen.

- Los posibles efectos de los riesgos financieros a los que está expuesto el flujo de caja del deudor y/o del proyecto a financiar, considerando distintos escenarios en función de variables económicas (tasas de interés, tasas de cambio, crecimiento de los mercados, etc.) que puedan afectar el negocio o la capacidad de pago del deudor, según el caso. Igualmente, se debe examinar la calidad de los flujos de caja teniendo en cuenta la volatilidad de los mismos. (...)

(Circular Básica Contable y Financiera, 1995)

**Subrayado y negrilla fuera del texto original*

Teniendo en cuenta lo anterior y entendiendo que el factor del historial crediticio compone solamente 1 de los 6 aspectos señalados por la Superintendencia Financiera, es obligación de la entidad realizar un análisis integral de los demás factores para poder determinar la capacidad de pago de una persona y así mismo, proyectar la viabilidad de un crédito. Esto posibilita el acceso a diversos grupos de interés, promoviendo la igualdad y oportunidad en el mercado financiero para todas las personas.

3. Función social de la empresa privada frente a la autonomía de la banca privada.

A partir de la Constitución de 1991, el ordenamiento jurídico tiene un nuevo esquema sobre la protección de los derechos fundamentales en donde estos irradian sobre el grueso del ordenamiento jurídico: se les reconoce su prevalencia y se les confiere un mecanismo para su protección mediante la acción de tutela (Artículo 86 CPC).

Del mismo modo, el artículo 335 de la Constitución política de Colombia regula de manera especial las actividades financieras, contenidas de manera específica en el artículo 150 literal d) del numeral 19. Este artículo determina las funciones del congreso, y específicamente en el literal d se le atribuye la regulación de las *actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquiera otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados del público*. Así mismo, encuentran sustento a través de otros artículos de la

constitución Política a saber: el artículo 14, sobre el reconocimiento de la personalidad jurídica, el 38 y 39, sobre el derecho a la libre asociación y la constitución de sindicatos, el 58 sobre la garantía de la propiedad privada y por último el 333 sobre la actividad económica y la iniciativa privada.

Ello implica que la actividad financiera constituye la prestación de un servicio público y por consiguiente su actividad es más restringida:

La autonomía de la voluntad negocial de las entidades financieras, en muchos aspectos, está más restringida que la del resto de particulares, pues se encuentra especialmente limitada en razón a la función que desempeñan, a la especialidad de la actividad que prestan y a su condición de instrumento para garantizar derechos individuales, como quiera que la libertad negocial también se limita por la prohibición de afectar desproporcionadamente derechos fundamentales y por el impedimento del abuso del derecho propio (Corte Constitucional, Sentencia de Unificación 157, 1999).

Es decir, las entidades financieras (independientemente de su naturaleza) desarrollan la prestación de un servicio público que emana de las funciones del Estado. Ello implica que deben respetar los derechos fundamentales de los cuales gozan los usuarios, promoviendo condiciones de igualdad y libertad.

Pese a que no existe norma que de manera expresa así lo determine, en el derecho Colombiano es claro que la actividad bancaria es un servicio público, pues sus nítidas características así lo determinan. La importancia de la labor que desempeñan para una comunidad económicamente organizada en el sistema de mercado, el interés comunitario que le es implícito, o interés público de la actividad y la necesidad de permanencia, continuidad, regularidad y generalidad de su acción, indican que la actividad bancaria es indispensablemente un servicio público (Corte Constitucional, Sentencia de Unificación 157, 1999).

Esto no implica que exista una coerción por parte del Estado frente a la autonomía y libertad negocial de las entidades vigiladas, sino que se establece un marco constitucional del que deben partir: “Precisamente, para estimular la democratización, la seguridad y transparencia del

crédito es importante la intervención del Estado (Corte Constitucional, Sentencia de Unificación 157, 1999).”

Es decir, si bien existe un respaldo constitucional de la autonomía de la voluntad de la que gozan las entidades financieras, esta debe ser congruente frente a los derechos fundamentales de los ciudadanos y el interés público que se derivan de la actividad propia del Estado y del servicio público que prestan. En cuanto a la aprobación o negación del otorgamiento de créditos, esta debe obedecer a un análisis exhaustivo, objetivo y razonable, a fin de no afectar los derechos fundamentales de las personas, en donde el reporte negativo en centrales de riesgo no puede ser la razón única para que este sea negado.

Resulta entonces pertinente analizar si el acceso a los servicios bancarios, como quiera que constituyen un servicio público, está 100% a cargo de las entidades financieras y por ende si dentro de su autonomía, pueden negar créditos para vivienda, de manera que el Estado no pueda intervenir en caso de que ello constituya una vulneración de derechos constitucionales, en desarrollo de algunos derechos fundamentales que se afectarían por conexidad.

Si bien las entidades financieras se encuentran facultadas para fijar criterios que les permitan segmentar, estudiar y seleccionar a las personas con las que establece o no una relación contractual, debe hacerse también un estudio mayor, completo e integral que no vulnere sus derechos fundamentales. Las implicaciones que tiene la negación de un crédito, y especialmente de un crédito de vivienda puede afectar de manera directa las expectativas y calidad de vida de las personas, su posibilidad de constituir patrimonio y contar con una vivienda digna que les permita el desarrollo de la personalidad, la intimidad, la seguridad y el bienestar del núcleo familiar, la crianza, la salud y todos aquellos derivados del hogar.

En el momento en que una persona encuentra un obstáculo para materializar el derecho de una vivienda digna a través de un intermediario como lo son los bancos, derivado específicamente del factor del puntaje que tiene en centrales de riesgo, es necesario determinar:

1. La afectación que constituye para las personas la negación del vínculo comercial por parte de la entidad financiera y los perjuicios irremediables e inevitables que se derivan de la misma.
2. Si el radio de acción del Estado puede ir más allá, analizando de manera detenida el proceso a través del cual la entidad aprueba o niega este tipo de créditos, a la luz de los derechos fundamentales de las personas.

En primer lugar, debemos establecer que el objetivo de las entidades financieras es la capitalización, captación y colocación de recursos, es decir, su objetivo económico se enfoca en la movilización de capital. Es por ello que debe definir con qué perfiles puede establecer una relación comercial, sin que ello le implique un riesgo mayor al que esté en capacidad de soportar.

Por ende, las entidades financieras realizan una ponderación de costo – beneficio, en donde verifican variables como: capacidad de pago, estabilidad económica y respaldo con el que puede ser avalado el crédito. Ello permite que, al momento de realizar un seguimiento y acompañamiento posterior a la aprobación del crédito, puedan anticiparse de manera oportuna factores de riesgo que pueden surgir en el desarrollo del mismo, así como señales de alarma que permitan mitigarlos.

De allí nace el concepto de *pérdida esperada*. La pérdida esperada es una herramienta que permite establecer cuál puede ser la probabilidad de que la persona incumpla en el desarrollo de una obligación, así como la pérdida derivada del incumplimiento. En primer lugar, las entidades realizan procesos de segmentación en donde agrupan a las personas de acuerdo con las características que comparten entre sí, dado su comportamiento de pago, capacidad económica, etc. En segundo lugar, se tienen en cuenta otros factores como el estado civil, edad, propiedades, número de hijos, etc. Frente a estas variables de calificación, la doctrina ha establecido:

Como se puede apreciar, en el primer caso la probabilidad de incumplimiento de un deudor se deriva de pertenecer a un grupo mientras que en el segundo se deriva directamente de sus particularidades. Sin embargo, en ambos casos lo que se produce es una estimación del comportamiento del deudor y como tal no es exacta. Por lo tanto, la entidad deberá ser consciente de esta situación y trabajar permanentemente en el afinamiento de su metodología (Bermúdez, J., 2003, p. 5).

Cuando una entidad financiera no realiza un estudio exhaustivo sobre el potencial cliente y por consiguiente, otorga créditos de forma indiscriminada y poco rigurosa, puede propiciarse un foco de impago, en la medida en que se desarrolla la vida del crédito, afectando la viabilidad económica de la entidad. El modelo de política crediticia bajo la cual opere la entidad será determinante frente a la calidad de su cartera, y su posibilidad de recuperación.

La adecuada selección de los créditos y el mantenimiento de un buen sistema de vigilancia y recuperación de los mismos son también determinantes importantes de la tasa de recuperación, pues cuando la institución mejor realiza estas tareas, menor es la morosidad de su cartera crediticia (Quiñónez, E., 2005, p. 23).

Dado lo anterior, puede afirmarse que cuando una persona tiene una cartera “castigada” o simplemente refleja un mal hábito de pago, la entidad encuentra una señal de alarma que le indica que no es viable crear una relación comercial, dada la posibilidad de que el nuevo deudor incumpla con el pago oportuno de las cuotas del crédito, o que entre en una situación permanente de cesación de pagos.

De acuerdo con la *encuesta nacional de presupuesto de los hogares*, realizada cada 10 años por el DANE, en el periodo entre julio de 2016 y julio de 2017, el gasto de *alojamiento* ocupó el primer lugar, constituyendo uno de los gastos **fijos** dentro de la distribución de los ingresos de los hogares colombianos.

Gráfico 3.

Composición del gasto de los hogares según clasificación COICOP Total nacional ENPH 2016-2017*



*Extraído del Boletín técnico emitido por el DANE (DANE, s.f.)

Ello implica que las familias deben destinar de manera obligatoria y prioritaria una parte de sus ingresos al pago de vivienda, independientemente de la modalidad contractual de la que se derive: arrendamiento, leasing, crédito hipotecario, etc.

Si bien una de las preocupaciones de las entidades financieras emana del factor de impago, debemos decir que los créditos hipotecarios son autónomos en el sentido en que la mayoría de las veces pueden respaldar por sí solos la deuda y que este análisis sobre el otorgamiento o negación de un crédito debe tener un estudio mucho más profundo: no sólo debe tenerse en cuenta el historial crediticio de la persona porque pese a ello, está adquiriendo un bien que constituye un derecho y que respalda la deuda, sino además deben estudiarse de manera global todos los factores que constituyen la capacidad de pago de una persona.

Deben tenerse en cuenta los derechos que tienen las personas frente a las entidades financieras y que de la actuación de las segundas, emane la materialización de un derecho fundamental: la labor de las entidades financieras resulta de vital importancia ya que permite el acceso continuo, oportuno y regular de la comunidad a algunos derechos que les son inherentes y que en definitiva requieren de la intermediación de estas para materializarlos.

En segundo lugar, la sostenibilidad y prosperidad de un crédito hipotecario no sólo emana de políticas de calificación para aprobación o negación, sino que adicionalmente debe tenerse en cuenta el entorno económico sobre el que se desarrolla la deuda: la tasa de cambio, el comportamiento de la inflación, el movimiento de los mercados de valores, etc. Ello coloca ciertamente en una posición decisiva a la entidad financiera al momento de proyectar el comportamiento de los créditos que concede.

La problemática fundamental de este fenómeno radica en que, aunque los deudores no estén directamente expuestos al riesgo, éste ha sido trasladado a las entidades financieras. Éstas se ven forzadas a mantener tasas fijas durante la duración del préstamo, independientemente del comportamiento de la inflación, lo que en un caso extremo podría implicar que el activo hipotecario en pesos redunde en pérdidas reales (Asobancaria, 2016, p. 439).

Lo anterior implica que para las entidades financieras resulta necesario valerse de mecanismos que le permitan prever y mitigar riesgos crediticios en el desarrollo de sus funciones. Uno de estos mecanismos es la información recopilada en centrales de riesgo. Esta permite dilucidar el nivel de riesgo que representan los solicitantes. De acuerdo con lo establecido por la

Superintendencia de Industria y Comercio, mediante la Cartilla de la Ley 1266 de 2008, las centrales de riesgo recolectan la información sobre el comportamiento financiero de los ciudadanos, a fin de realizar un estudio más certero y fiable sobre el crédito que pueden otorgar y su posible comportamiento:

El reporte de crédito es una herramienta útil para que las entidades que otorgan crédito conozcan la capacidad de pago de sus clientes potenciales y en esa medida, cuenten con un instrumento que les permita evitar que ese crédito se le otorgue a personas que tienen más posibilidades de incumplir el pago de sus obligaciones. En la medida en que los recursos escasos se entreguen a personas con buenos historiales de cumplimiento de sus obligaciones, se protege el ahorro público (Superintendencia de Industria y Comercio, s.f., p.10).

Pero precisamente este factor se está convirtiendo en un determinante al momento de aprobar o rechazar una solicitud de crédito: en el momento en que una persona que tiene castigada la cartera por mora (sin importar si dicha deuda está saldada o no), acude al sistema financiero a fin de obtener un crédito hipotecario, seguramente obtendrá una respuesta negativa. Pese a que la Superintendencia ha recalcado la importancia de hacer un estudio global de la capacidad financiera del usuario, las entidades orientan su decisión de acuerdo con la información que exista en centrales de riesgo, sin tener en cuenta las circunstancias y la situación real y actual de la persona; un reporte negativo no necesariamente es fiel reflejo de la situación financiera de una persona. Frente a la libertad que tienen las entidades para escoger el usuario que tomará el servicio, la Corte Constitucional, en sentencia T-592-03 ha señalado que:

Es cierto que las entidades financieras deben velar por su solvencia y solidez, de modo que tendrían la proclividad de contratar exclusivamente con quienes demuestren mejor situación patrimonial, mayores garantías de cumplimiento y mejores hábitos de pago, pero dado el carácter público del servicio que prestan les corresponde no descartar los criterios subjetivos en la selección de riesgos, porque son éstos los que les permiten atender las expectativas específicas y los intereses concretos de los usuarios del servicio que están llamados a prestar. En este sentido la objetiva desigualdad que existe entre quien demanda un servicio financiero y quien está en capacidad de prestarlo, impone al Estado el deber de exigir de las instituciones de crédito, en todos los casos, pero en especial cuando pretenden fundar la prestación del servicio en las informaciones divulgadas por las centrales de riesgo i) permitirle al interesado exponer las

circunstancias que dieron lugar a los registros, ii) considerar la información adicional suministrada por el proponente, y ii) exponer minuciosamente su decisión de no asignar el producto, de abstenerse de prestar el servicio ofrecido, o de prestarlo en condiciones determinadas, a fin de satisfacer las expectativas que el carácter público de la actividad bancaria genera en los usuarios, y las creadas por ella misma, con la presentación individual de sus productos y servicios (Corte Constitucional, Sala octava de revisión, Sentencia T 592, 2003).

De este modo, los datos que reposan en centrales de riesgo sobre la solvencia económica de una persona deben servir de referencia para adecuar las condiciones del crédito más no para negar el acceso al sistema financiero. La Corte precisa que, en aras de ofrecer soluciones que permitan el acceso de todas las personas a un crédito de vivienda debe hacerse un esfuerzo adicional al momento de hacer el estudio, dado que la viabilidad del negocio no puede depender solamente de un reporte en centrales de riesgo:

(...) los datos personales que registran las centrales de riesgo no comportan sanciones de ningún tipo para sus titulares, y que por consiguiente tales reportes, con independencia de su sentido, no dan lugar a la exclusión de sus titulares de la actividad económica (Corte Constitucional, Sala octava de revisión, Sentencia T 592, 2003).

Así mismo, las penalidades por pagos en mora resultan ser una brecha que deben afrontar las personas que desean adquirir una vivienda. Es decir, no basta con el hecho de estar reportado, sino que adicionalmente se penaliza por determinado tiempo el historial crediticio de la persona, incluso, si esta ya ha saldado la deuda. Dicha penalización está reglamentada a través del Decreto 2952 de 2010, artículo 3, que dispone:

ARTÍCULO 3°. PERMANENCIA DE LA INFORMACIÓN NEGATIVA. En caso de mora inferior a dos (2) años, el término de permanencia de la información negativa no podrá exceder el doble de la mora. Para los demás eventos, el término de permanencia de la información negativa será de cuatro (4) años contados a partir de la fecha en que la mora se extinga por cualquier modo. En el caso de incumplimiento de obligaciones en las cuales no se puedan computar tiempos de mora, tal como sucede con las cuentas corrientes canceladas por mal manejo, el término de permanencia de la

información negativa será de cuatro (4) años contados a partir de la fecha en que cese el incumplimiento o sea cancelado el producto.

La preocupación sobre la real importancia del *habeas data* y el acceso al sector financiero ha sido tal, que actualmente está en revisión un proyecto de Ley que pretende modificar parcialmente la Ley 1266 de 2008 que regula esta materia. Ello con el fin de que se haga *borrón y cuenta nueva* respecto de las obligaciones de los colombianos que se encuentren en mora, ello bajo ciertos parámetros reglamentados a profundidad en el proyecto de Ley. (Varela, W., 2020)

Nuevamente se resalta la importancia del acceso igualitario, fácil y oportuno de todas las personas al sistema financiero con el fin de materializar derechos, mejorar su calidad de vida e impulsar el desarrollo económico de las personas. Surge entonces la necesidad de que los datos negativos que reposan en las centrales de riesgo sean actualizados de manera inmediata, es decir, en el momento en que se cancele la totalidad de obligación que originó la penalidad, para así darle nuevamente la oportunidad a los ciudadanos de ser parte del sistema financiero o que dicho reporte posterior a la cancelación de la obligación no sea razón inexcusable para su negatoria.

Para las entidades financieras resulta necesario medir el riesgo crediticio no solamente desde la correcta perfilación del cliente, sino que además deben definirse unos criterios que puedan contemplar otro tipo de dificultades a largo plazo como lo sería por ejemplo, un alza en la inflación, o una caída del dólar. Este tipo de factores afectan el comportamiento del mercado y por consiguiente obligan a las entidades a resolver los descalces económicos que puedan originarse.

Pese a lo anterior, y entendiendo la carga que tiene la entidad financiera, podrían evaluarse mecanismos a ser implementados y que eventualmente permitan el pago de la deuda sin afectar el objetivo del negocio de la entidad financiera, generando una oportunidad para el propietario de saldar o reestructurar la deuda en caso de que, en definitiva, no pueda seguirla asumiendo:

Como mecanismo para sortear el complejo proceso actual, se propone la adopción de alternativas legales que permitan llegar a la etapa de remate de los inmuebles por medio de un proceso ajeno al aparato judicial. En particular, resulta particularmente relevante evaluar la puesta en práctica del instrumento denominado “power of sale” en la legislación norteamericana, que consiste en la inclusión de una cláusula en el contrato

hipotecario en la que el deudor pre-autoriza al acreedor a vender la propiedad en caso de no pago, sin necesidad de surtir un proceso formal de ejecución ante la autoridad legal competente (Asobancaria, 2016, p. 482).

Ello permite entrever que es posible crear ventanas de oportunidad para el pago o refinanciación del crédito, además de la creación de herramientas que faciliten el acceso al sistema financiero para la adquisición de vivienda, y éstas deben construirse a partir de un trabajo armónico entre el Estado y las entidades financieras, de tal manera que puedan cubrirse todos los segmentos y perfiles, sin exponer al banco a un riesgo inminente.

Actualmente existen mecanismos de financiación de vivienda, regulada a través de la Ley 3 de 1991, en donde la segmentación se divide en dos poblaciones: VIS (Vivienda de interés social) y no VIS. La primera población favorece a las familias más vulnerables, con ingresos mensuales inferiores a 4 SMMLV, y la segunda, está destinada a hogares con un ingreso superior a los 4 SMMLV.

En cuanto a las políticas de financiación de vivienda VIS y no VIS el Estado ha establecido los siguientes mecanismos:

Tabla 1.

Mecanismos de financiación.

MECANISMOS DE FINANCIACIÓN*	
VIS	NO VIS
<p>1. Subsidio Familiar de vivienda: Instrumento orientado a la demanda de vivienda de hogares VIS, reforzado en el presente gobierno con: i) la focalización en los hogares de más bajos ingresos utilizando un sistema de asignación mediante fórmula de calificación; ii) la optimización del monto unitario y su complementación con recursos de ahorro familiar y crédito, iii) la utilización de recursos fiscales; y, iv) la distribución equitativa de recursos entre las regiones del país.</p> <p>2. Línea de redescuento microcrédito inmobiliario: Es la financiación que se otorga a los hogares de bajos ingresos para la adquisición, construcción o mejoramiento de inmuebles, cuyo monto no supere los 25 SMLM, con un plazo inferior a 5 años y tasas de interés de acuerdo a las previstas para hogares VIS, con este objetivo se creó la línea de redescuento de Findeter, que es realizada por cooperativas y fondos de empleados, especializados en hogares VIS.</p> <p>3. Garantías para créditos de VIS: Se creó el fondo nacional de garantías con el objetivo de facilitar el acceso a crédito y micro crédito de hogares VIS, en el cual se ofrece una garantía que cubre a las entidades financieras, cuando el crédito se siniestra en un monto igual al 70% de la pérdida esperada.</p> <p>4. Convenio con el sector financiero: El gobierno y sector financiero celebraron un convenio con el objetivo de que los establecimientos bancarios y las cooperativas financieras pusieran recursos por 1 billón de pesos para la construcción, adquisición y/o mejoramiento de VIS.</p>	<p>1. Cobertura inflación créditos UVR: El Gobierno Nacional a través de los Decretos 2380 del 24 de octubre de 2002 y del 066 del 15 de enero de 2003, estableció el Seguro contra la Inflación, el cual protege a los deudores hipotecarios de las alteraciones en UVR respecto a la tasa de inflación superiores al seis por ciento.</p> <p>2. Leasing Habitacional: Consiste en un contrato mediante el cual un banco o una compañía de financiamiento entrega en arrendamiento con opción de compra un inmueble destinado a vivienda, a cambio del pago de un cánón periódico durante un plazo convenido. Al vencimiento del contrato, el cliente puede optar por restituir el bien o ejercer la opción de compra.</p> <p>3. Cuentas Ahorro para el fomento de la construcción (AFC): Son cuentas a través de las cuales las personas que movilicen recursos destinados a la adquisición de vivienda quedan exentas de la retención en la fuente.</p> <p>4. Ley de arrendamientos: Con el propósito de corregir las imperfecciones del mercado, el Gobierno Nacional impulsa la reglamentación y puesta en marcha de la nueva ley de arrendamiento, la cual contempla una exención al impuesto de renta para estimular la inversión 13 privada en la construcción de vivienda para arrendamiento, y la entrada al mercado de otros actores como los Fondos de Inversión y sociedades especializadas.</p>

**Elaboración propia*

Información extraída de la cámara de Comercio
(Congreso de la República de Colombia, 2005, p.12)

Si bien existen diversas herramientas para adquisición de vivienda, particularmente el foco que puede presentar inconvenientes e incluso, violación a sus derechos fundamentales como consecuencia de una negación de un crédito de vivienda es la población no VIS, pues son ellos quienes tienen que acudir a los mecanismos tradicionales de financiación a través de las corporaciones y las entidades financieras. En otras palabras: Si bien el estado cuenta con diversos programas de financiación de vivienda para sectores de pobreza y pobreza extrema, se excluye de éstos a aquellos que no pertenecen a esta segmentación creando una brecha aún no contemplada por el gobierno y que debe ser atendida de manera urgente por el Estado, haciendo que las personas con mayores ingresos a los descritos eventualmente se encuentren en un mayor riesgo de vulneración de sus derechos.

La implicación que tiene la negación de un crédito de vivienda repercute directamente en la posibilidad de las personas de gozar de una vivienda digna y por ende, puede llegar a afectar algunos derechos fundamentales:

- Igualdad - Artículo 13 CPC⁴: Cuando una persona no tiene igualdad de oportunidades para acceder al sistema financiero, estamos ante un trato injusto e imparcial que limita sus posibilidades de crecimiento patrimonial.
- Dignidad - Artículo 1 CPC : La negación de un crédito de vivienda puede impactar negativamente en la vida de una persona dado que esta no encontrará un mecanismo adecuado para adquirirla y por consiguiente, su calidad de vida y las condiciones de bienestar en donde se pueda generar un entorno seguro para sí y su familia, se verían limitadas.
- Libre desarrollo de la personalidad - Artículo 16 CPC: Cuando una persona no cuenta con un espacio digno y seguro como lo es la vivienda propia, su desarrollo y el de su familia se ven afectados drásticamente.

⁴ CPC: Constitución Política de Colombia de 1991.

- Intimidad - Artículo 15 CPC: Al no contar con una vivienda digna, todos aquellos aspectos que conciernen al desarrollo de la persona y la relación con su entorno: familiar, afectivo, amistoso, etc. se ven deteriorados.
- Familia - Artículo 42 CPC: La carencia de un espacio idóneo para crecer, compartir, establecer relaciones afectivas, e incluso descansar, puede perjudicar el funcionamiento de un hogar.
- Salud - Artículo 49 CPC: Un ambiente seguro, cómodo, iluminado, en donde se puedan desarrollar actividades de higiene personal y descanso es necesario para garantizar la salud y el bienestar de la persona y de su entorno.

Incuestionablemente, la vivienda digna constituye elemento de trascendental magnitud para la materialización y efectividad de la dignidad humana, a la cual le es inmanente. Carecer las personas de un lugar decoroso de habitación, les impide sobrellevar la pervivencia con intimidad, autoestima, conformación familiar y protección, además de conllevar adicionales riesgos contra la salud a consecuencia de la intemperie. (Corte Constitucional, Sala sexta de revisión, Sentencia T 583, 2013)

Por todo lo anterior, resulta entonces primordial y necesario repensar las políticas de crédito para que estas puedan generar resilientes propuestas de valor, partiendo de un análisis integral de cada cliente, del mismo modo en que las políticas de crédito se adaptan a las condiciones del mercado. Ello crearía diversas oportunidades para los sectores que en este momento se ven perjudicados por la negación de un crédito de vivienda en razón a un reporte negativo en centrales de riesgo.

Así las cosas, desde ahora es importante anotar que en lo que interesa al derecho constitucional y en virtud de la aplicación del principio *pro homine*, propio de la interpretación de las normas de la Carta Política, la protección de las legítimas finalidades que adelanten las entidades que conforman el sector comercial y financiero deberán, en todo caso, subordinarse a la eficacia de los derechos fundamentales del individuo, que para el presente caso se concentran en el plexo de garantías que conforman el derecho al hábeas data.

Correlativamente, la consecución de instrumentos legales dirigidos a garantizar la protección de la estabilidad del sistema financiero no puede, en modo alguno, constituir

una barrera para el acceso de los individuos a ese mercado, pues ello les impediría obtener los recursos económicos necesarios para la ejecución de sus proyectos vitales y, por lo tanto, los alejaría de la concreción de varios derechos constitucionales (Superintendencia de Industria y Comercio, s.f., p.159).

4. Negación de crédito de vivienda por reporte negativo a la luz del Concepto 2017064309-001

A la luz del concepto 2017064309-001 emitido por la Superintendencia Financiera de Colombia, en primer lugar, se analiza el papel que representan las entidades financieras como prestadoras de servicios públicos, siendo determinantes en el proceso de materialización del derecho a la vivienda digna. Aunado a lo anterior, se esbozan concretamente los factores que deben tenerse en cuenta para otorgar o negar un crédito.

En relación con otorgamiento de créditos, las entidades deben basarse en el conocimiento del sujeto de crédito, de su capacidad de pago y de las características del contrato a celebrar entre las partes, que incluyen, entre otros, las condiciones financieras del préstamo, las garantías, fuentes de pago y las condiciones macroeconómicas a las que pueda estar expuesto (Superintendencia Financiera de Colombia, Concepto 2017064309-001, 2017).

Como lo hemos analizado anteriormente, las entidades financieras deben realizar un estudio exhaustivo que permita determinar la capacidad económica de cada persona y cada caso de manera individual, de modo que se garantice de manera igualitaria el acceso al sistema financiero.

Así mismo, las entidades cuentan con diversos factores que le facilitan la toma de decisiones frente a las relaciones comerciales y contractuales que puede establecer, teniendo en cuenta el nivel de riesgo crediticio al que puede estar expuesto. Sin embargo, lo que está sucediendo en la actualidad es que de estos elementos, sólo se está tomando de primera mano el factor de

reporte en centrales de riesgo y ello cierra significativamente las posibilidades de una persona al momento de acceder a los servicios del sistema financiero.

Para una persona que en definitiva requiere una vivienda digna, las entidades financieras brindan un soporte fundamental. La posibilidad de ingresar al sistema financiero le permite de un modo u otro, lograr tener la solvencia económica para una necesidad inmediata. Pero cuando en medio del proceso, esta persona se encuentra con una barrera como lo es un reporte negativo, esta posibilidad se desvanece.

Al respecto, esta Superintendencia ha insistido a sus vigiladas en el sentido de que los datos provenientes de las centrales de riesgo no pueden ser el único elemento de juicio a considerar para decidir sobre el otorgamiento de créditos, toda vez que estos constituyen un instrumento adicional que junto con la información financiera suministrada por los solicitantes, les permitan realizar una adecuada evaluación de la capacidad de pago esperada del deudor y, a partir del respectivo análisis, asumir o no los riesgos derivados de este tipo de operaciones (circulares externas 004 de 2002 y 23 de 2004, incorporadas en el Capítulo II de la Circular Externa 100 de 1995 -Circular Básica Contable y Financiera-) (Superintendencia Financiera de Colombia, Concepto 2014068812-002, 2014).

**Subrayado fuera del texto original.*

Aunque la Superintendencia se ha pronunciado al respecto, determinando que el factor del reporte no puede ser el único indicador para otorgamiento de créditos, aún pueden evidenciarse casos en los que se sigue presentando esta situación. Así mismo, existe sustento normativo que refuerza esta premisa:

La administración de información financiera, crediticia, comercial, de servicios y la proveniente de terceros países, por parte de fuentes, usuarios y operadores deberá realizarse de forma que permita favorecer los fines de expansión y democratización del crédito. Los usuarios de este tipo de información deberán valorar este tipo de información en forma concurrente con otros factores o elementos de juicio que técnicamente inciden en el estudio de riesgo y el análisis crediticio, **y no podrán basarse exclusivamente en la información relativa al incumplimiento de**

obligaciones suministrada por los operadores para adoptar decisiones frente a solicitudes de crédito (Ley 1266, 2008, art. 10).*

**Negrilla fuera del texto original*

La vivienda constituye un espacio en donde cada persona puede desarrollarse íntima y emocionalmente, tener arraigo, encontrar protección para sí y su familia, brindar abrigo, otorgar privacidad e intimidad en el hogar; permite desarrollar actividades de la cotidianidad como el aseo, la alimentación, la crianza, el esparcimiento y el descanso. La implicación de no contar con un inmueble digno y adecuado se traduce en una desmejora de las condiciones de vida, así como una imposibilidad de constituir patrimonio.

Resulta irrisorio pensar que en un gasto primordial como lo es la vivienda no se tenga una política financiera que promueva de manera eficiente un mayor acceso a la misma. No basta con diseñar créditos de vivienda, sino que además estos deben ser asequibles y deben ajustarse a las posibilidades de pago de cada persona. Lo que sucede en la actualidad es que pese a que una persona cuente con el capital requerido para pagar su vivienda, no puede acceder a un crédito si se encuentra reportado en centrales de riesgo y como consecuencia no puede adquirir una vivienda.

De acuerdo con la penalización por reporte negativo establecida en el Decreto 2952 de 2010, la permanencia de la información negativa es hasta del doble del tiempo en que la persona se demore en cancelar la totalidad de la deuda. En otras palabras: muchas veces las personas cuentan con un reporte negativo aun habiendo cancelado la totalidad de la deuda porque no cesan los efectos de la penalización y como consecuencia, su historial crediticio afecta significativamente la toma de decisiones de la entidad financiera respecto a el otorgamiento de créditos.

Concluye la Superintendencia entonces que:

(...) el análisis y posterior otorgamiento de un crédito para adquisición de vivienda por parte de las entidades financieras vigiladas por esta Superintendencia se rigen por las normas e instrucciones generales mencionadas anteriormente, lo cual nos lleva a concluir que el reporte negativo ante las centrales de riesgo no puede ser en ninguno de

los casos el único criterio para otorgar o no un crédito, ese análisis debe venir acompañado del estudio de otras variables, las cuales ya han sido mencionados a lo largo del presente oficio (Superintendencia Financiera de Colombia, Concepto 2017064309-001, 2017).

Entendiendo que existe un conflicto entre la autonomía de la voluntad que emana propiamente de la actividad privada de las entidades financieras, también debe tenerse en cuenta el rango constitucional del derecho a la vivienda digna en sí. De este modo, en caso de requerirse algún tipo de análisis o ponderación entre uno y otro deberá primar el de rango constitucional.

Así mismo, el estado y las entidades financieras deben trabajar mancomunadamente propendiendo el acceso al sistema financiero, otorgando herramientas iguales para todas las personas. Ello implica que debe existir homogeneidad de oportunidades para obtener la prestación del servicio y que por ende, el factor del reporte negativo en centrales de riesgo no debe ser único y determinante para tal fin.

El carácter prestacional de las entidades financieras se concreta en la materialización de los citados derechos fundamentales y por consiguiente se deben brindar todos los mecanismos necesarios para garantizar el mismo.

5. Conclusiones

Lo anterior nos permite evidenciar que resulta urgente:

1. Rediseñar las políticas de crédito, de modo que si una persona cuenta con algún tipo de reporte negativo, se haga una evaluación completa de todos los demás factores que sean determinantes al momento de avalar la solvencia económica de una persona. Dentro de estos se encuentran: flujos de ingresos y egresos, solvencia del deudor, número de veces que el crédito se ha reestructurado, evaluación de capacidad de pago y finalmente los posibles efectos de los riesgos financieros a los que se está expuesto (Circular Externa

Ello permitiría de manera significativa ampliar el margen de oportunidad de las personas al momento de solicitar un crédito, especialmente un crédito de vivienda.

2. Reestructurar las políticas de crédito, para que guarden proporcionalidad con el estrato socioeconómico del solicitante, es decir, si la persona no se encuentra dentro del foco principal de beneficiarios del Estado dado su nivel de vulnerabilidad (estrato medio) y necesariamente requieren de la intermediación de una entidad financiera a fin de conseguir el capital para adquisición de vivienda, deben existir políticas que permitan estudiar cada caso de manera integral con el fin de otorgar el crédito de acuerdo a las condiciones de dicho solicitante. No se trata sólo de evaluar si es viable o no la celebración del negocio jurídico, sino que además, debe crearse una relación equitativa entre la entidad financiera y el solicitante.
3. Reestructurar las penalizaciones existentes frente a las obligaciones crediticias en mora, de modo que, si estas ya fueron canceladas en su totalidad, no exista una permanencia de información negativa en las centrales de riesgo que pueda afectar la vinculación a futuro de las personas al servicio financiero. Lo anterior teniendo en cuenta el principio de buena fé, el derecho al olvido y al buen nombre, puesto que si bien la persona incurrió en un incumplimiento ante una obligación, ello no implica que esta no haya podido sobreponerse a la situación que impidió el pago de la misma, y que por consiguiente no pueda acceder posteriormente al sistema financiero.

Así como las entidades financieras cuentan con el derecho de conocer la información económica de las personas, las personas también deben contar con la posibilidad de que se corrobore dicha información en caso de que ya no corresponda a la realidad crediticia del interesado.

Tal como lo señala la Corte:

Todo dato, pero particularmente el financiero, puede afectar de manera grave y en ocasiones irreversible a los individuos a quienes se refiere, lo que hace menester que respecto de su manejo, procesamiento y difusión se establezcan límites razonables que, sin impedir ni obstaculizar el derecho a la información que se canaliza por conducto de las redes informáticas y los archivos de

entidades públicas y privadas, preserven de manera cierta y eficaz los derechos a la intimidad, a la honra y al buen nombre de los asociados(Corte Constitucional, Sala octava de revisión, Sentencia T 592, 2003).

Entendiendo lo anterior, debemos concluir que de ningún modo el factor del puntaje en centrales de riesgo es determinante para poder celebrar o no un negocio jurídico, dado que actualmente existen otros elementos que permiten hacer un estudio a profundidad sin comprometer el nivel de riesgo de las entidades financieras. De igual manera, debe destacarse que si bien hay personas que eventualmente incurren en una situación de impago frente alguna obligación, estas pueden superar y mejorar sus condiciones económicas, permitiéndoles saldar dicha deuda y por consiguiente, debe darse nuevamente la oportunidad para vincularse al sistema financiero.

De este modo, existirían más posibilidades para las personas al momento de acceder a los servicios financieros, especialmente para la adquisición de vivienda propia, garantizando un trato igual, oportuno y pertinente, además de contar con mecanismos idóneos para materializar este derecho y los que se derivan del mismo.

6. Referencias

Bibliografía

- ASOBANCARIA. (2016). Ensayos Sobre Política de Vivienda. Bogotá: Legis.
- Bermúdez, J. (2003). El SARC: Un cambio cultural. 80 años de la Superintendencia Bancaria de Colombia.
Recuperado de
<https://www.superfinanciera.gov.co/descargas/institucional/pubFile1031828/jorgebermudez.pdf>
- Cárdenas, M.; Badel, A. (2003). La crisis de financiamiento hipotecario en Colombia: causas y consecuencias. Washington, D.C.: Publications IADB. Recuperado de
<https://publications.iadb.org/publications/spanish/document/La-crisis-de-financiamiento-hipotecario-en-Colombia-causas-y-consecuencias.pdf>
- Clavijo, S. (2004), IMPACTO ECONÓMICO DE ALGUNAS SENTENCIAS DE LA CORTE: El Caso de la “Mesada Pensional 14” y de las Regulaciones en Vivienda. Bogotá, D.C.: Banrep. Recuperado de
https://www.banrep.gov.co/docum/Lectura_finanzas/pdf/corte0904.pdf
- Congreso de la República de Colombia. (2005), La problemática de la financiación de vivienda en Colombia. Bogotá, D.C.: Cámara. Recuperado de
<https://www.camara.gov.co/sites/default/files/2017-11/056%20FINANCIACION%20DE%20VIVIENDA%20EN%20COLOMBIA.pdf>
- DNP. (1972). Las cuatro estrategias. Bogotá, Col.: Colaboración DNP. Recuperado de https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/PND/Pastrana1_Prologo.pdf
- Galvis, F. (2009). El derecho a una vivienda digna y adecuada: en la constitución, la jurisprudencia y los instrumentos internacionales de derechos humanos. Bogotá: Defensoría del Pueblo.
- González, C. (1994). La política social en los 90: análisis desde la universidad. Editorial Presencia, pp. 57-77.
- Gutierrez, M. (2007). Credit scoring models: what, how, when and for what purposes. Banco Central de la República Argentina.
- Jaramillo, C. (2012). El fracaso de la política social de Samper. Revista Universidad EAFIT, pp. 109-131.
- Jiménez, W. (2014). La constitucionalización del derecho financiero Colombiano. Misión Jurídica - Revista de derecho y ciencias Sociales, 145-165.
- Meneses, L.; Manuacé, R., (2011). Valoración y Riesgo Crediticio en Colombia. Finanzas y Política Económica, Universidad Católica de Colombia. (3), pp. 65-82
- Mora, A. (2010). El UPAC y la UVR: Aspectos generales sobre el origen y desarrollo del crédito hipotecario en Colombia. Revista MBA EAFIT, pp. 12-27.
- Morales, J. (2006). Vivienda digna para todos : Manifiesto hacia la construcción de una política pública de vivienda social, democrática, equitativa e incluyente que garantice un hábitat digno para los colombianos. Bogotá: Konrad Adenauer Stiftung.

Morales, M; Vega, J; Alcides, J; Ramírez, F.(2005). Financiación de la vivienda de interés social. Ingenierías Universidad de Medellín (4), pp. 123-142

Ocampo, J. (1998). La política económica durante la administración Samper. Coyuntura Económica. Vol. XXVIII, No. 4, pp. 155-187.

Ochoa, J., Galeano, W., & Agudelo, L. (2010). Construcción de un modelo de scoring para el otorgamiento de crédito en una entidad financiera. Perfil de Coyuntura Económica No. 16, pp. 191-222.

Quiñónez, E. (2005). Análisis de la morosidad en el Sistema Bancario del Ecuador: ¿Cuáles son sus determinantes? Un estudio con datos de panel (tesis de grado). Escuela Superior Politécnica del Litoral, Guayaquil, Ecuador.

Serrano, J. (2011). Financiamiento de Vivienda. Revista de Ingeniería. Universidad de los Andes, pp. 61-78.

Superintendencia de Industria y Comercio. (s.f.). Cartilla Ley 1266 de 2008 Hábeas Data, Bogotá, Col: SIC. Recuperado de https://www.sic.gov.co/sites/default/files/files/Nuestra_Entidad/Publicaciones/Cartilla_Ley_1266_de_2008_Habeas_Data.pdf

Superintendencia de Industria y Comercio. (s.f.). Compendio de Normas y Jurisprudencia de Hábeas Data Financiero. Bogotá, Col: ProtecdataLatam. Recuperado de: <https://protecdataLatam.com/wp-content/uploads/2017/07/001-COMPENDIO-1-TOTAL-ok-Final.pdf>

Superintendencia Financiera de Colombia. (2019). Acerca de la SFC - Objetivos estratégicos. Bogotá, Col.: Superfinanciera. Recuperado de <https://www.superfinanciera.gov.co/inicio/nuestra-entidad/acerca-de-la-sfc/objetivos-estrategicos-60626>

Torres, A. (2011). La crisis colombiana de finales del siglo XX: ¿Un choque real o financiero? Revistas UDEA, pp. 79-96.

Varela, W. (11 de junio de 2020). Senado envía a control constitucional proyecto de ley estatutaria de 'borrón y cuenta nueva' en centrales de riesgo. Senado de la República de Colombia. Recuperado de: <https://www.senado.gov.co/index.php/prensa/lista-de-noticias/1362-senado-envia-a-control-constitucional-proyecto-de-ley-estatutaria-de-borron-y-cuenta-nueva-en-centrales-de-riesgo?highlight=WyJoYWJlYXMiLCJkYXRhIiwiaGFzZWZzIGRhGEiXQ>

NORMATIVA

Circular Básica Contable y Financiera (Circular Externa 100 de 1995), Capítulo II: Reglas relativas a la gestión del Riesgo Crediticio. (1995) Superintendencia Financiera de Colombia

Constitución Política de Colombia [Const.]. (1991).

Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial. Artículo 5, numeral e, literal iii. 21 de Diciembre de 1965. Recuperado de: <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cerd.aspx>

Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. Artículo 14, Numeral 2, literal h. 18 de Diciembre de 1979. Recuperado de: <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cedaw.aspx>

Declaración universal de Derechos Humanos. Artículo 25°. 10 de diciembre de 1948. Recuperado de: https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/spn.pdf

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Artículo 11, Numeral 1. 16 de Diciembre de 1966. Recuperado de: <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cescr.aspx>

JURISPRUDENCIA

Congreso de Colombia. (16 de enero de 1991)

Congreso de Colombia. (29 de diciembre de 1992)

Congreso de la República de Colombia. (31 de diciembre de 2008) Artículo 10 [Título IV]. Ley Estatutaria de Hábeas Data. [Ley 1266 de 2008]. DO: 47.219 (Ley 1266, 2008, art. 10)

Corte Constitucional, (10 de marzo de 1999) Sentencia de Unificación 157. [MP Alejandro Martínez Caballero]

Corte Constitucional, (27 de mayo de 1999) Sentencia C 383 [MP Alfredo Beltrán Sierra]

Corte Constitucional, Sala octava de revisión. (17 de julio de 2003) Sentencia T 592. [MP Álvaro Tafur Galvis]

Corte Constitucional, Sala primera de revisión. (3 de agosto de 2017) Sentencia T 497. [MP Carlos Bernal Pulido]

Corte Constitucional, Sala sexta de revisión. (29 de agosto de 2013) Sentencia T 583 [MP Nilson Pinilla Pinilla]